

Berlin, 12. April 2010
Stellungnahme Nr. 17/10

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Vergaberecht

**Vorschlag einer gesetzlichen Regelung
zum Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte**

Mitglieder des Vergaberechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg

Rechtsanwalt Dr. Marius Raabe, Kiel

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Thode, Landau in der Pfalz

Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Herwart Virneburg, Wiesbaden

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
- Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
- Deutscher Baugerichtstag e.V.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
- Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Forum Vergabe e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Mitglieder des DAV-Verwaltungsrechtsausschusses
- Mitglieder des DAV-Umweltrechtsausschusses
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Grundsatz

Der Deutsche Anwaltverein greift die Anregung aus der Koalitionsvereinbarung vom 26.10.2009 auf, mit der der Bundesregierung ein Auftrag zur Einführung eines effektiven Rechtsschutzes auch unterhalb der europarechtlich vorgegebenen Schwellenwerte aufgegeben wurde. Der Deutsche Anwaltverein hält eine gesetzliche Regelung des Rechtsschutzes bei Unterschwellenvergaben grundsätzlich für erforderlich.

Bei dem nachfolgenden Vorschlag lässt sich der Deutsche Anwaltverein von folgenden Maßgaben leiten:

1. Das Verfahren zur Nachprüfung unterhalb der Schwellenwerte sollte nicht zu einer disparaten Spruchpraxis im Vergleich zur Rechtsprechung der ab den europarechtlichen Schwellenwerten zuständigen Nachprüfungsinstanzen führen. Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Vergabesachen hält es der Deutsche Anwaltverein für zweckmäßig, die Zuständigkeit der gleichen Spruchkörper zu begründen, die ab Erreichen der Schwellenwerte für das Nachprüfungsverfahren zuständig sind.
2. Der Deutsche Anwaltverein hält eine stärkere Betonung des Beschleunigungsgrundsatzes und der Verfahrenseffizienz bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte für geboten. Der Deutsche Anwaltverein schlägt vor, im Rahmen des 4. Teils des GWB Verfahrenserleichterungen für das Nachprüfungsverfahren bei unterschwelligen Vergaben vorzusehen, die diesem Ziel Rechnung tragen. Eine Einschränkung des materiellen Prüfungsmaßstabs hält der Deutsche Anwaltverein für ungeeignet, da dies in jedem Verfahren zu einem Streit über die Reichweite der Nachprüfung führen würde.

3. Um einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen, muss auch unterhalb der Schwelle eine § 101a GWB entsprechende Vorabinformationspflicht vor Zuschlagserteilung eingeführt werden.
4. Eine betragsmäßige Aufgreifschwelle sollte vorgesehen werden.

II. Die einzelnen Regelungen

Dies vorausgeschickt schlägt der Deutsche Anwaltverein vor, im Rahmen des 4. Teils des GWB Vorschriften für einen effektiven Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte zu ergänzen.

1. Änderung des § 100 Abs. 1 GWB

Regelungstechnisch ist sicherzustellen, dass die Rechtsschutzvorschriften des 4. Teils auf die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte Anwendung finden. Eine Ausweitung der materiellen Anwendungsverpflichtung über die unterhalb der Schwellenwerte bestehenden Regelungen hinaus soll vermieden werden. Dazu ist § 100 Abs. 1 GWB durch einen Satz 2 zu ergänzen:

„Die §§ 101a und 101b sowie der 2. Abschnitt des 4. Teils gelten darüber hinaus für Aufträge, welche von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 1 bis Nr. 3, soweit diese aufgrund eines Gesetzes, einer Rechtsverordnung oder aufgrund von Verwaltungsvorschriften bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Vergabevorschriften anzuwenden haben, unterhalb der Schwellenwerte vergeben werden.“

Der persönliche Anwendungsbereich der Rechtsschutzvorschriften unterhalb der Schwellenwerte folgt der materiellen Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts, die unterhalb der Schwelle eines besonderen Normanwendungsbefehls außerhalb des GWB bedarf. Der Vergaberechtsschutz knüpft an die nach geltendem Recht bestehenden und in der Regel im Haushaltsrecht verankerten Normanwendungsbefehle an. Die freiwillige Anwendung des Vergaberechts oder die Anwendbarkeit aufgrund der Nebenbestimmungen eines Förderbescheids soll ebenso wie oberhalb der Schwellenwerte nicht zur Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen führen.

2. Bagatellschwelle

§ 100 Abs. 1 GWB ist um einen dritten Satz zu ergänzen, der eine betragliche Bagatellschwelle einführt:

„Die Nachprüfung ist ausgeschlossen, wenn der in entsprechender Anwendung der in Satz 1 genannten Rechtsverordnung ermittelte Auftragswert 10.000,00 EUR ohne Umsatzsteuer unterschreitet.“

Dieser Betrag entspricht der Grenze, nach der in der VOB/A 2009 eine freihändige Vergabe zulässig ist. Ab dieser Bagatellschwelle sollte der Auftrag der Nachprüfung entzogen sein.

3. Erleichterung der Übertragung auf Einzelentscheider

§ 105 Abs. 3 GWB, der die Möglichkeit der Übertragung der Entscheidung auf einen Berichtersteller vorsieht, ist für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte zum Regelfall zu erklären:

„Bei Nachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte sind diese Voraussetzungen in der Regel gegeben. Eine Rückübertragung auf die Kammer hat unter den Voraussetzungen des § 348a Abs. 2 ZPO zu erfolgen.“

4. Untersuchungsgrundsatz

Im § 110 GWB wird in Abs. 1 Satz 3 (neu) klargestellt, dass die Beschränkung auf das Vorbringen der Parteien bei Unterschwellenvergaben die Regel sein sollte:

„Bei Nachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte soll sich die Kammer auf die Überprüfung des Vorbringens der Beteiligten beschränken.“

5. Mündliche Verhandlung

In § 112 GWB ist zu regeln, dass in Verfahren unterhalb der Schwellenwerte eine mündliche Verhandlung unterbleiben kann: Bei der zu treffenden Ermessensentscheidung über das Absehen von einer mündlichen Verhandlung wird die Vergabekammer den Wert des Auftrags berücksichtigen.

„Bei Zustimmung der Beteiligten, bei Unzulässigkeit oder bei offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags und bei Nachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte kann nach Lage der Akten entschieden werden.“

6. Einzelrichter im Beschwerdeverfahren

Auch im Beschwerdeverfahren sollte die Übertragung auf den Einzelrichter der Regelfall werden. Dazu kann § 120 GWB um einen neuen Abs. 3 ergänzt werden:

„Das Beschwerdegericht kann in Verfahren unterhalb der Schwellenwerte den Rechtsstreit einem seiner Mitglieder als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen. Der Einzelrichter legt den Rechtsstreit dem Senat zur Entscheidung über eine Übernahme vor, wenn die Voraussetzungen des § 526 Abs. 2 ZPO vorliegen.“

III. Begründung

1. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber im Beschluss vom 13.06.2006 die Befugnis und Aufgabe zugewiesen, für Vergaben unterhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte ein effizientes Rechtsschutzsystem einzurichten, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 3 Abs. 1 GG genügt. Vergaberechtsschutz steht im Spannungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an einer zügigen Durchführung von Beschaffungsvorhaben und den privaten Interessen des erfolglosen Bieters an einem effektiven Rechtsschutz. Zu beachten ist auch das Interesse des erfolgreichen Bieters an einem raschen Vertragsschluss sowie das Ziel der Gewährleistung rechtmäßigen Handelns der beschaffenden Verwaltung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Beschränkung auf Sekundäransprüche (Schadensersatz) im Unterschwellenbereich nicht zu beanstanden, wenn die Sekundäransprüche dem verfassungsrechtlich geschützten Rechtsschutzinteresse hinreichend Rechnung tragen.

In der anwaltlichen Praxis lässt sich beobachten, dass aus der Sicht der unterlegenen Bieter Sekundäransprüche den Interessen der Unternehmen nicht genügen und nur eine unzureichende Kompensation bieten. Die öffentlichen Auftraggeber haben ein Interesse daran, die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens schnell auf der Primärebene verbindlich geklärt zu erhalten statt mit dem Risiko späterer langwieriger

Auseinandersetzungen um Schadensersatz belastet zu werden. Daher ist die Einführung eines Primärrechtsschutzes zu begrüßen.

2. Schon nach geltender Rechtslage haben Bieter die Möglichkeit, durch einstweilige Verfügung bei dem örtlich zuständigen Landgericht Primärrechtsschutz zu erlangen. Die materielle Kontrolle wird dabei nicht von allen Gerichten auf eine Verletzung des Willkürverbots beschränkt, sondern Unterlassungsansprüche gegen den Auftraggeber werden auch dann angenommen, wenn dieser gegen Regeln verstößt, die er bei der Auftragsvergabe einzuhalten versprochen hat und dies zu einer Beeinträchtigung der Chancen des Bieters auf Erteilung des Zuschlags führen kann (OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.01.2010 – 27 U 1/09).

Der gegenwärtige Status des unterschweligen Rechtsschutz ist von mancherlei Zufälligkeiten und Unberechenbarkeiten geprägt. Wegen der fehlenden Verpflichtung des Auftraggebers, eine Vorabinformation zu erteilen, hängt der Erfolg eines Verfügungsantrags vom Zeitpunkt der Antragstellung ab. Die für das Verfügungsverfahren geltenden Verfahrensvorschriften der ZPO insbesondere zur Darlegungs- und Beweislast und den zulässigen Beweismitteln (Glaubhaftmachung) sind zudem nicht in jeder Hinsicht geeignet, eine effiziente Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten.

3. Das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten ist in der Praxis erprobt. Eine Aufspaltung des Vergaberechtsschutzes durch Verweisung unterschwelliger Vergaben auf den allgemeinen Zivilrechtsweg oder den Verwaltungsrechtsweg wäre aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins nicht zu begrüßen.

Da schon im Bereich oberhalb der Schwellenwerte eine verwaltungsinterne Kontrolle durch die (justizähnlich ausgestalteten) Vergabekammern der richterlichen Kontrolle vorgeschaltet ist, sollte erst recht unterhalb der Schwellenwerte eine entsprechende Vorprüfung vorgesehen werden, um die Gerichte zu entlasten. Angesichts der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Zuordnung des Vergabeverfahrens erscheint es nicht ohne grundsätzliche Änderung des Systems sinnvoll, hierfür auf das verwaltungsrechtliche Widerspruchsverfahren zu verweisen.

Beide Marktseiten müssen daran interessiert sein, die Nachprüfung nicht auf ansonsten mit Vergaberecht nicht befassende Gerichte zu verlagern. Auch sollte ein Ver-

fahrensrecht Anwendung finden, das auf die Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe zugeschnitten ist.

Da das materielle Vergaberecht oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte in weiten Teilen inhaltlich gleichen Regelungen folgt, erscheint es sinnvoll, die Fachkompetenz und Erfahrung, welche sich die Vergabekammern erworben haben, auch für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte zu nutzen – nicht zuletzt im Interesse einer Beschleunigung der Nachprüfung.

4. Da die ganz überwiegende Zahl öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte liegt, besteht ein hohes Interesse daran, den Primärrechtsschutz so auszugestalten, dass die Effektivität der öffentlichen Verwaltung möglichst wenig beeinträchtigt wird und der Rechtsschutz sich auf erhebliche Verstöße konzentriert.

Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins ist dabei eine Beschränkung des Prüfungsmaßstabs etwa auf tragende vergaberechtliche Grundsätze oder auf den Willkürmaßstab nicht geeignet. Da sich letztlich jeder denkbare Vergaberechtsverstoß einem solchen Grundsatz zuordnen lässt, würde die Einführung solcher Maßstäbe nur zu Rechtsunsicherheit und einer erhöhten Gefahr sich widersprechender Entscheidungen führen.

Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins kann und sollte der gebotenen Straffung des Rechtsschutzes für den unter-schweligen Bereich durch Regelungen im Verfahrensrecht Rechnung getragen werden.

Dabei kann und sollte auf das bewährte System des Vierten Teils des GWB zurückgegriffen werden, welches beispielsweise mit den Regelungen zur Rügepräklusion schon Instrumente zur Stärkung der Effizienz der öffentlichen Auftragsvergabe bereithält.

Der Umfang der erforderlichen Rechtsänderungen, um einerseits eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Zweiten Abschnitts des Vierten Teils des GWB unter die Schwellenwerte und andererseits die erforderlichen Straffungen vorzunehmen, erscheint überschaubar.